

HACIA UN DERECHO PENAL SUPRANACIONAL*

Klaus Tiedemann**

El Derecho Penal tradicionalmente es nacional. El poder punitivo forma parte de la soberanía nacional y, a veces, es considerado como el núcleo de la soberanía nacional. Por eso, muchos Estados no conceden la extradición de sus nacionales hacia aquellos Estados que la soliciten cuando estos se consideran afectados por delitos que cometieran delincuentes extranjeros. El caso de Colombia, que extradita a sus nacionales por delitos de narcotráfico a los Estados Unidos, es un caso lamentado por muchos y que se debe, más bien, a la debilidad del Estado colombiano. Por lo demás, estamos de acuerdo con PEÑA CABRERA cuando dice, en la 3ra. edición de su profundo Tratado de Derecho Penal, parte general (1997), que la dignidad nacional no excluye sino, por el contrario, favorece la ubicuidad de la represión en las relaciones internacionales y la justicia universal. De ahí el principio: *aut dedere aut punire*.

En todo caso, la extradición sigue siendo un asunto entre Estados y, por eso, un problema de los poderes punitivos nacionales. Es verdad que esto también puede ser denominado Derecho penal internacional porque constituye un problema entre («inter») dos (o más) Estados. De modo similar, la materia regulada en los primeros artículos del Código Penal peruano -p. ej. el asesinato de un peruano en la Argentina- recibe muchas veces el nombre, en el extranjero, de «Derecho penal internacional». Pero es mucho más correcto aquí, como hace el Código penal peruano, hablar de la aplicación espacial de la ley penal, es decir, de la ley penal peruana.

¿Es que no existe, entonces, un Derecho penal supranacional aplicado por instituciones ubicadas por encima de los Estados nacionales?. Sí existe, pero únicamente para determinadas materias:

1.- Después de la Segunda Guerra Mundial, las cuatro potencias, con el Acuerdo de Londres de 08 de agosto de 1945 crearon el Tribunal Penal Militar de Nuremberg para juzgar a líderes nazis de la Alemania vencida. Las figuras penales previstas en el artículo 6 del Estatuto de aquel Tribunal se han hecho clásicos: crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad. Algo parecido ocurrió en Japón con el Tribunal de Tokio. Medio siglo después, las guerras civiles en África (Ruanda) y en los Balcanes han llevado a la creación de Tribunales supranacionales «ad hoc» con algunos nuevos tipos penales como p. ej. la represalia en caso de ataques a civiles en el campo de batalla, tal como está previsto en el Estatuto del Tribunal para la ex - Yugoslavia. Este desarrollo ha llegado a su culminación con la instauración de la **Corte Penal Internacional** en La Haya. El Estatuto de creación de esta Corte (Estatuto de Roma), firmado y ratificado por el Perú el 2001, además de reformular los tipos penales especiales pertinentes, por primera vez regula cuestiones de parte general, tales como el actuar en cumplimiento de una orden («command responsibility»), el estado de necesidad y el estado de necesidad por coacción, la legítima defensa, el error, la ten-

tativa y la responsabilidad del superior jerárquico («superior responsibility»).

Esta parte general no es únicamente interesante por sí misma para los casos de guerra sino constituye, sobre todo, un campo nuevo dentro del **Derecho penal comparado** porque la interpretación y el desarrollo de las reglas del Estatuto y, sobre todo, el futuro llenado de las lagunas existentes en este Estatuto requiere un consenso muchas veces difícil, entre los especialistas del Derecho comparado. Y aquí existe un contraste fundamental entre la dogmática europea y sudamericana, por un lado, y el pragmatismo y la inclinación hacia las soluciones procesales del mundo anglosajón, por el otro lado.

2.- Otro segundo sector de un Derecho penal supranacional con Tribunales supranacionales está conformado por las áreas económicas unificadas como la de la **Unión Europea** y la del **Mercosur**. Esta última se está desarrollando con mucha lentitud y ha tomado por modelo a las instituciones europeas que tienen una tradición relevante de más de 50 años. El inicio del modelo europeo data de 1951, con el Tratado de un Mercado Común del Carbón y del Acero (las materias más impor-

tantes en aquel tiempo); continuó en 1957 con el Tratado de la Comunidad Económica que instauró un vigoroso Derecho de monopolios frente a los delitos contra la competencia, y el Tratado de la Comunidad Atómica del mismo año. Desde 1999, la Unión Europea ha iniciado tratativas con el Mercosur con la finalidad de celebrar un convenio de asociación que crearía un espacio de libre comercio para 675 millones de consumidores y un producto bruto interno de más de 10 billones de euros. Ciertamente, el Perú no es miembro del Mercosur ni está asociado a éste. Pero estoy seguro de que la creación de grandes zonas económicas de libre comercio, con su adicional efecto político estabilizador y sus ventajas para el comercio y los consumidores, también será de interés para este país y para los penalistas peruanos.

¿Cuáles son, entonces, los instrumentos penales y extrapenales de un ordenamiento jurídico supranacional en este sector económico?

Para configurar áreas económicas unitarias, son indispensables los **convenios** internacionales entre los Estados. Por cierto que en esto el Derecho penal no ocupa el primer plano. Más bien importan aquí, en primer lugar, aquellas regulaciones referidas al Derecho aduanero, tributario, de la competencia, del

trabajo y otras áreas que garanticen el libre tráfico de productos y servicios, así como el tráfico de capitales, y las regulaciones que aseguran la protección de los trabajadores. Además, por lo menos en una etapa siguiente también interesan aquellas regulaciones que protejan al consumidor, al medioambiente y la propiedad intelectual de las empresas (en forma de patentes, modelos de utilidad, modelos industriales, derechos de autor, etc.). El Derecho penal, como refuerzo de estos objetivos de política económica y de Derecho económico, juega, sin embargo, un papel por lo menos de segundo orden como garantía de las regulaciones primarias del Derecho económico. En la actualidad tiene que caracterizarse casi como ingenua ilusión el querer renunciar por completo a las sanciones penales –tal como quería el primer proyecto alemán de Ley de cárteles de 1949–: en la realidad, las reglas, y especialmente las reglas de Derecho económico, son violadas, y recién la sanción restituye la validez de tales reglas. Una regla sin sanción constituye una *lex imperfecta* sin eficacia. Esto se destaca de manera especial en la idea, adoptada por el Código penal peruano, de que muchos delitos económicos, como especialmente los delitos contra la libre competencia, constituirían un «abuso de poder»; este abuso debe ser sancionado.

La Unión Europea, al principio, partía de que el Derecho penal formaba parte de la soberanía nacional de los Estados Miembros. Por ello, ante la falta

de una transferencia expresa de soberanía en asuntos penales a las instituciones comunitarias, en la Unión Europea ha regido, desde el comienzo, el principio de que ella no tendría potestades penales. Pero esto fue relativizado luego a través de una serie de medidas que relajaron un poco dicho principio tan estricto.

Una primera atenuación, reconocible ya en el mencionado Tratado de Montaña de 1951 (referido a un mercado común para el carbón y el acero), consiste en que las instituciones supranacionales pueden imponer **sanciones administrativas**; sanciones que también son conocidas en el ámbito económico nacional del Derecho peruano. El Reglamento de Cárteles del Consejo de la Unión Europea describe estas sanciones expresamente como «de tipo no penal» (art. 15, párrafo 4) y el más reciente Reglamento de Cárteles de 2003 confirma esta definición normativa que es, ciertamente, un tanto inusual (art. 23, párrafo 5). No obstante, la definición legal no ha impedido que también el Derecho penal administrativo supranacional europeo siga la tendencia de los ordenamientos europeos de Derecho administrativo que son entendidos como **similares** al penal y, por ello, tal como ha formulado el Tribunal Constitucional español, empleen los principios penales «con ciertos matices», o sea que reconozcan, en especial, el principio de legalidad y el principio de culpabilidad. En todo caso, el Tribunal Europeo de Luxemburgo, en su reciente jurisprudencia so-

bre las sanciones administrativas, ha seguido esta tendencia y reconoce, junto a los ya mencionados principios, también la relevancia de causas de justificación y de exculpación, tales como el estado de necesidad y el error. Luego, el tratamiento puramente administrativo-objetivo de las sanciones administrativas, como históricamente ocurrió de manera clásica para esta área jurídica, ha sido abandonado y reemplazado por un punto de vista similar al penal. En la doctrina se habla de sanciones administrativo-penales. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo considera a las sanciones administrativas modernas como materia penal. Por lo demás, el Derecho europeo supranacional, sobre todo en el mercado agrario y pesquero, conoce, además de las multas administrativas o administrativo-penales, muchas *otras sanciones administrativas*, tales como: el corte de subvenciones, la incautación de garantías (que se tienen que dar al momento de exportar), la cancelación de licencias, los aumentos de intereses y otras más. Un Reglamento del Consejo de 1995, en cuya preparación yo he colaborado, caracteriza a la mayoría de estas sanciones como **punitivas**, o sea, similares a las penas, y regula algunas cuestiones importantes de la parte general, tales como la irretroactividad, la autoría y participación, así como la exigencia de culpabilidad.

En suma, precisamente en el momento inicial de la regulación de áreas económicas unificadas, las sanciones

administrativas resultan ser un medio apropiado para reforzar las reglas del Derecho económico: el conocimiento especializado de las autoridades administrativas, en vinculación con el principio de oportunidad, garantiza la elección de una vía adecuada entre la prevención y la represión, en la cual el incremento paulatino de la magnitud de las sanciones persigue un efecto educativo en los agentes del mercado. Pero, a más tardar al pasar a las sanciones administrativas muy fuertes, las oficinas encargadas de imponer estas sanciones deberían configurarse como *Autorités Administratives Indépendantes*, es decir como autoridades administrativas organizadas de manera similar a los tribunales, que solamente se subordinen al Ministro del ramo (con una potestad directiva limitada de éste) y que actúen en un procedimiento con todas las garantías de la justicia ordinaria (derecho de defensa, posibilidad de apelar, etc.). En Europa, este principio se ha impuesto también en los Estados nacionales y, además de la protección de la competencia, se extiende en especial al ámbito de la energía, el transporte y las telecomunicaciones (es decir antiguos monopolios estatales), así como también a la Bolsa de valores. La cooperación informal y el arbitraje de conflictos como función cuasi-judicial caracterizan, fuera de la auténtica imposición de sanciones, esta vía europea del Derecho administrativo, llamada de «buena» administración y conocida también como «governance», que presta aportes positivos para el desarrollo de la economía y la sociedad.

Un segundo instrumento para proteger el ordenamiento económico comunitario lo constituye la intervención del *Derecho penal nacional*. Una interpretación, conocida como interpretación pro-comunitaria (*gemeinschaftsfreundliche Auslegung*), fundada en la llamada fidelidad comunitaria de los Estados Miembros y establecida en el art. 10 del Tratado de la Comunidad Europea, indica que aquellos tipos penales nacionales que no se limiten expresamente a los autores nacionales y a objetos de la acción nacionales, deberán interpretarse de tal manera que también protejan los intereses y objetos de la Comunidad. Así, p. ej. en el tipo de falsificación de documentos, cuando se trata de certificados comunitarios de tráfico de productos, o sea aquellos documentos oficiales que contienen la garantía de que la mercancía proviene de la Comunidad y, con ello, también garantizan su circulación libre de aranceles dentro de la Comunidad.

Significó un importante impulso en esta dirección el fallo de 21 de septiembre de 1989 del Tribunal Europeo en el llamado «escándalo del maíz griego». Aquí se declaró la obligación de la República de Grecia de actuar penalmente, de igual manera que cuando se violen sus intereses nacionales, para hacer frente a la falsificación de certificados de tráfico de productos con los cuales se hacía pasar como producto griego a maíz yugoslavo, defraudando así gravámenes comunitarios. Este principio, conocido como principio de la asi-

milación, ha sido, históricamente, el *recurso* más importante de la Comunidad para influir en el Derecho penal nacional, y lleva a una armonización intraestatal en la protección penal de los intereses nacionales y comunitarios. Este principio fundamenta la obligación del legislador nacional de tratar por igual los intereses nacionales y supranacionales, especialmente en la defraudación de impuestos y aranceles, así como en la captación subrepticia de subvenciones. Lo mejor sería que la *equiparación* sea realizada por el propio legislador nacional. Son ejemplos de tal equiparación expresa por el legislador penal el art. 305, tercer párrafo y el art. 309 del Código penal español de 1995. El primero prevé la imposición de las «mismas penas» previstas para los delitos contra la hacienda pública cuando la conducta se cometa «contra la Hacienda de las Comunidades». Y el art. 309 se prevé un tipo penal de obtención indebida de fondos de los «presupuestos generales de la Comunidad Europea u otros administrados por ésta».

Es posible y necesaria también, sobre todo de conformidad con el «Tratado de Derecho internacional público para la Protección de los Intereses Financieros de la Unión Europea», una auténtica *armonización de los ordenamientos penales* de los Estados Miembros en sus relaciones recíprocas; por ejemplo el tratamiento idéntico de la captación subrepticia de subvenciones comunitarias en Alemania y España. El artículo 1 de este Tratado [suscrito en

1995] que entró en vigor en 2003, contiene, si bien limitado a este ámbito especial, una *definición europea de la estafa* en relación con los ingresos y egresos de la Comunidad. Esta definición sigue las ideas inglesas y francesas sobre la estafa, dado que no se centra en el perjuicio patrimonial ni en la acción de disposición patrimonial de la víctima de la estafa, sino en la acción del autor y su consecuencia ilegal.

Junto a la materia especial de la protección penal de los intereses financieros de la Unión Europea -protección apremiante ante un presupuesto de aproximadamente 100 mil millones de euros y que, por ello, no puede ser garantizada mediante meras sanciones administrativas- desde 1992 la Unión también tiene una competencia armonizadora comparable en relación con la estafa, la corrupción, la criminalidad organizada, el tráfico de seres humanos, el tráfico de drogas y de armas, así como el terrorismo y otras «modernas» formas de criminalidad. Aquí la armonización se produce en el marco de la llamada *cooperación intergubernamental*. Según los arts. 29 y ss. del Tratado de la Unión Europea (T. U. E.), las disposiciones penales de los Estados Miembros, en las áreas mencionadas, deben «acercarse» en la medida de lo necesario. No obstante, las «decisiones-marco» pertinentes del Consejo de la Unión no son *self-executing* sino todavía deben ser ejecutadas por los legisladores de los Estados Miembros.

Mientras que estas decisiones-marco no vinculan a los parlamentos nacionales –por ello, España ha rechazado hasta ahora introducir la criminalización de la corrupción de empleados privados-, las Directivas, según el Tratado de la Comunidad Europea (T. C. E.) sí vinculan a los Estados Miembros y a sus Parlamentos, aunque también necesitan ser ejecutadas. La Comisión Europea puede, en caso de ser necesario, recurrir al Tribunal Europeo (T. E.) para obligar a transformar estas Directivas en Derecho Nacional.

Son ejemplos de estas directivas de la Comunidad Europea las dadas contra el lavado de dinero, el insider trading (delitos de iniciados), así como contra manipulaciones bursátiles y cambiarias. Es polémico y no está expresamente regulado el si existiría o no una competencia de armonización para otros sectores de la criminalidad. Recientemente el Tribunal Europeo lo ha afirmado para el Derecho penal del medio ambiente. La experiencia europea enseña aquí que es absolutamente necesaria una *regulación expresa* de la competencia penal. Y es que la práctica europea hasta la actualidad se ha caracterizado por una larga y tenaz lucha entre la Comisión Europea y los Estados Miembros en lo referente a la cuestión de los «implied powers» penales (posibles poderes implícitos en materia penal). Más lejos va el T. U. E. a través del cual la Unión no solamente ha armonizado muchas materias penales, sino también ha pasado a la armonización de los **marcos**

penales nacionales, dando para ello las llamadas mínimas penas máximas; es decir, penas máximas con las cuales el Estado Miembro tiene que conminar, pudiendo sobrepasarlas, pero no ir por debajo de ellas. Bajo una valoración personal, la coexistencia de dos pilares de la Unión Europea –uno con participación de los Estados miembros, otro formado por los gobiernos nacionales- no significa una situación feliz desde una perspectiva del Derecho penal.

El futuro del Derecho penal de la Unión Europea se ve determinado por la discusión, todavía no concluida, acerca del Tratado para una «Constitución Europea». El Tratado, que fuera acordado por los Jefes de Estado y Presidentes de los Estados Miembros de la Unión Europea en octubre de 2004, y que en la actualidad se encuentra sometido a un proceso de ratificación, reconoce, en relación con el Derecho penal, cuatro ámbitos en los cuales tiene una competencia «compartida» con los Estados miembros –algo semejante a la competencia legislativa en materia del Derecho penal que existe en la Ley fundamental alemana-. De estos ámbitos, los dos primeros pueden ser regulados a través de leyes europeas, es decir, constituir un auténtico *Derecho penal supra-nacional* aplicable sin necesidad de transposición, mientras que el tercer y cuarto ámbito solamente permiten leyes-marco europeas que requieren la transposición de los Estados miembros y, consecuentemente, solamente conducen a un *Derecho penal nacional armonizado*. Si

alguien de ustedes está interesado en los detalles de este Tratado, podrá informarse a través de mi contribución presentada en el XVII (décimo séptimo) Congreso Latinoamericano de Derecho Penal que tuvo lugar en Guayaquil en octubre de 2005, y que fue publicada, junto con las demás ponencias, por la editorial ARA de Lima el año pasado.

Resumiendo se tiene que las facultades vigentes y futuras de la Unión Europea para establecer normas penales no abarcan todos los ámbitos de la criminalidad, sino solamente determinados ámbitos concentrados en la economía y el medioambiente, la criminalidad organizada y el terrorismo, el tráfico de drogas y de seres humanos, así como la explotación de determinado grupo de personas. En esto mayormente no se trata de una equiparación total sino de un «acercamiento» o incluso de una armonización de los tipos de prohibición, pero respetando, en lo fundamental, las particularidades nacionales. Sin embargo, ya el T. U. E. trata también de lograr disposiciones mínimas que garanticen un «zócalo» uniforme común. Por lo demás,

igualmente se encuentran garantías penales para el infractor de la ley en la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, que tiene vigencia con rango de ley, y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en Niza en 2000, donde existen prohibiciones como las dirigidas contra la punibilidad retroactiva o desproporcionada.

Así, el sistema penal supranacional de la Unión Europea, después de haber crecido lentamente durante 5 décadas, y que se inició con la protección de puros intereses económicos, está llegando ahora a un cierto grado de perfeccionamiento que incluye la lucha supranacional contra formas modernas de criminalidad que no solamente tienen contenido económico. Si la Constitución Europea llegara a ser realidad algún día, se podría finalmente llegar a introducir un auténtico Derecho penal supranacional en Europa. Por cierto que el Perú no tiene por qué copiar este modelo, pero, por lo menos, debería conocerlo, estudiarlo y valorar sus ventajas y desventajas.

* Traducido por el Dr. Manuel A. Abanto Vásquez

** Catedrático Emérito de Derecho Penal de la Universidad de Friburgo (Alemania). Doctor Juris, Doctor Honoris Causa en múltiples universidades